

**Número 209****Sessões: 5 e 6 de agosto de 2014**

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, dos aspectos relevantes que envolvem o tema. A seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência. Para aprofundamento, o leitor pode acessar o inteiro teor da deliberação, bastando clicar no número do Acórdão (ou pressione a tecla CTRL e, simultaneamente, clique no número do Acórdão).

SUMÁRIO**Plenário**

1. O pregão, presencial ou eletrônico, não permite a conjugação de fatores para seleção da proposta vencedora, visto que, nessa modalidade licitatória, o preço é o único critério a ser utilizado para aferir o ganhador do certame.
2. É recomendável a utilização de pregão eletrônico para a concessão remunerada de uso de bens públicos.
3. Nos contratos de execução continuada ou parcelada, o inadimplemento das obrigações fiscais da contratada, incluindo a seguridade social, enseja, além das penalidades legais, a rescisão do contrato e a execução das garantias para ressarcimento de valores e indenizações devidos à Administração, sendo vedada a retenção de pagamento por serviço já executado, ou fornecimento já entregue, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração.
4. A sanção de impedimento de licitar e contratar pautada no art. 7º da Lei 10.520/02 (Lei do Pregão) produz efeitos não apenas no âmbito do órgão/entidade aplicador da penalidade, mas em toda a esfera do respectivo ente federativo (União ou estado ou município ou Distrito Federal).

PLENÁRIO**1. O pregão, presencial ou eletrônico, não permite a conjugação de fatores para seleção da proposta vencedora, visto que, nessa modalidade licitatória, o preço é o único critério a ser utilizado para aferir o ganhador do certame.**

Em Auditoria Operacional realizada na Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp), o TCU, entre outras matérias, avaliou modelo de licitação proposto pela sociedade de economia mista para regularizar a concessão de uso de suas áreas comerciais. Pelas informações prestadas, os certames licitatórios seriam realizados por pregão, com valor fixo de outorga, sagrando-se vencedor o licitante que oferecesse o *“melhor lance para a remuneração da concessão e a melhor proposta técnica”*. O relator destacou que o pregão caracteriza-se pela disputa de preços, observadas *“as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital”*. Dessa forma, a modalidade de licitação proposta pela Ceagesp não guarda conformidade com as normas regulamentadoras do pregão, pois insere critério de julgamento (melhor proposta técnica) não previsto na Lei 10.520/02. Adicionou o condutor do processo que o *“pregão, presencial ou eletrônico, não permite a conjugação de fatores para seleção da proposta vencedora. Nessa modalidade licitatória, o preço é o único critério a ser utilizado para aferir o vencedor do certame”*. Não obstante, o relator alertou que a impossibilidade de uso de pregão dos tipos *“melhor técnica”* e *“técnica e preço”* não pode ser interpretada como vedação ao estabelecimento de requisitos atinentes à habilitação jurídica, às qualificações técnica e econômico-financeira e à regularidade fiscal e trabalhista do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, após encerrada a fase de lances. Advertiu, por fim, que a miscelânea de tipos de licitação é expressamente vedada pelo art. 45, § 5º, da Lei 8.666/93, de aplicação

subsidiária ao pregão, motivo pelo qual não é admissível a realização de certame nos moldes propostos pela entidade auditada. O Plenário acompanhou o entendimento do relator. *Acórdão 2050/2014-Plenário, TC 012.613/2013-4, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, 6.8.2014.*

2. É recomendável a utilização de pregão eletrônico para a concessão remunerada de uso de bens públicos.

Ainda na Auditoria Operacional realizada na Ceagesp, foi discutida a possibilidade de se utilizar o pregão para a concessão remunerada de uso de bens públicos. Nesse aspecto, o relator mencionou que, nos autos da representação objeto do TC 011.355/2010-7, o TCU se deparara com situação análoga ao examinar a concessão de áreas comerciais em aeroportos, em que a Infraero havia adotado o pregão como modalidade licitatória. Na ocasião, fora acolhida a tese que, diante do escasso disciplinamento sobre ajustes que geram receitas para a Administração Pública, a analogia com a legislação para a aquisição de bens e serviços poderia ser aplicada. Assim, nos termos do voto condutor do Acórdão 2.844/2010 – Plenário, a *“adoção do critério de julgamento pela maior oferta, em lances sucessivos, nada mais é que a adequada aplicação da lei ao caso concreto, ajustando-a à natureza do objeto do certame, restando assegurada a escolha da proposta mais vantajosa que, conjuntamente com a isonomia de todos os interessados, constituem as finalidades primeiras de todo procedimento licitatório”*. O posicionamento do Tribunal, anunciado no sumário do citado acórdão, firmara-se no sentido de ser *“plenamente legal a utilização da modalidade pregão para licitação destinada à outorga de concessões de uso de áreas comerciais em aeroportos”*. Como ressalva naquela oportunidade, houvera o registro de que a Infraero deveria *“evoluir dos pregões presenciais, para a modalidade totalmente eletrônica, que dispensa a participação física e o contato entre os interessados”*, a fim de concretizar os imperativos constitucionais da isonomia e da melhor proposta para a Administração. Do que expôs a relatoria, o Tribunal recomendou à Ceagesp que utilize a modalidade pregão eletrônico nas futuras licitações para concessão remunerada de uso de áreas de comercialização do Entrepasto do Terminal de São Paulo. *Acórdão 2050/2014-Plenário, TC 012.613/2013-4, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, 6.8.2014.*

3. Nos contratos de execução continuada ou parcelada, o inadimplemento das obrigações fiscais da contratada, incluindo a seguridade social, enseja, além das penalidades legais, a rescisão do contrato e a execução das garantias para ressarcimento de valores e indenizações devidos à Administração, sendo vedada a retenção de pagamento por serviço já executado, ou fornecimento já entregue, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração.

Representação formulada por sociedade empresária apontara possíveis irregularidades em pregão eletrônico conduzido pelo Conselho Federal de Enfermagem (Cofen), destinado ao fornecimento de serviço de sistema eletrônico eleitoral via Internet, dentre elas a possibilidade consignada no edital de retenção de pagamentos por serviços executados em face da não comprovação da regularidade fiscal e social. Realizadas as oitivas regimentais, o Cofen procedeu a diversas alterações no edital, de modo a adequá-lo aos requisitos legais. No que respeita à hipótese de retenção de pagamentos, a entidade argumentou que *“a jurisprudência dessa Corte é no sentido da obrigatoriedade da exigência da documentação relativa à regularidade para com o FGTS, a Fazenda Federal e a Seguridade Social”*. Sobre o assunto, relembrou o relator que o Plenário do TCU, em resposta a consulta formulada pelo Ministério da Saúde (Acórdão 964/2012), reafirmou a obrigatoriedade de que a Administração Pública Federal exija, nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, durante toda a vigência contratual, a comprovação da regularidade fiscal e social, sob pena de rescisão do contrato e execução de garantias, além das penalidades já previstas em lei. Entendeu, contudo, que *“Verificada a irregular situação fiscal da contratada, incluindo a seguridade social, é vedada a retenção de pagamento por serviço já executado, ou fornecimento já entregue, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração”*. Assim, consignou o relator que, embora obrigatória a exigência da documentação indicada, *“tal obrigatoriedade não fundamenta a retenção de pagamento, mas sim a rescisão contratual e eventual execução de garantia”*. Considerando que o pregão já havia sido homologado e que não houve prejuízos à competitividade do certame, o Plenário julgou parcialmente procedente a Representação, determinando ao Cofen que *“observe o entendimento constante do Acórdão 964/2012 - Plenário na eventualidade da não comprovação da regularidade fiscal e trabalhista por parte da empresa contratada em decorrência do Pregão Eletrônico 21/2014”*. *Acórdão 2079/2014-Plenário, TC 013.367/2014-5, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 6.8.2014.*

4. A sanção de impedimento de licitar e contratar pautada no art. 7º da Lei 10.520/02 (Lei do Pregão) produz efeitos não apenas no âmbito do órgão/entidade aplicador da penalidade, mas em toda a esfera do respectivo ente federativo (União ou estado ou município ou Distrito Federal).

Embargos de Declaração opostos contra decisão prolatada pelo Plenário do TCU – pela qual fora considerada improcedente representação formulada por sociedade empresária contra sanção de impedimento para licitar e contratar com toda a administração pública federal – apontara possível omissão no julgado, consistente na não apreciação de argumento formulado pela recorrente acerca de possível equivalência das punições previstas no art. 7º da Lei 10.520/02 e no art. 87 da Lei 8.666/93. Na inicial, arguira a representante a legalidade da restrição a ela imposta no Sicaf de licitar e contratar com quaisquer órgãos federais, com base no art. 7º da Lei 10.520/02. Em seu entendimento, a punição deveria se restringir à entidade específica da administração que lhe aplicou a sanção. Em juízo de mérito, lembrou o relator que, segundo a jurisprudência predominante no TCU, *“quando se aplica a punição baseada no art. 87, inciso III, da Lei de Licitações, a proibição de contratar adstringe-se à entidade sancionadora”*. Nesse sentido, o que *“o embargante pleiteia é justamente o paralelismo de entendimento relativo à aplicação do sobredito art. 87 da Lei 8.666/93 e do art. 7º da Lei 10.520/02”*. O relator anotou que o caso requeria uma avaliação específica da interpretação conferida ao art. 7º da Lei 10.520/02, pelo qual – para os ilícitos que enumera – o licitante *“ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais”*. Sobre o assunto, lembrou que o posicionamento doutrinário majoritário é que a punição pautada na Lei do Pregão aplica-se para todo o ente federativo aplicador da sanção. Assim, a aplicação da referida pena *“torna o licitante ou o contratado impedido de licitar e contratar com a União, o que quer dizer: impedido de licitar e contratar com todos os seus órgãos respectivamente subordinados, bem como com as entidades vinculadas, nomeadamente, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, além do descredenciamento do licitante ou do contratado no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF). O licitante ou contratado impedido, nessas condições, não estará proibido de participar de licitações e contratar com órgãos e entidades da Administração Pública estadual, municipal ou do Distrito Federal”*. O Plenário, acompanhando a proposta formulada pelo relator, acolheu parcialmente os embargos, promovendo alterações no acórdão recorrido, mantendo o juízo pela improcedência da representação original, desta vez, com base em entendimentos esposados na jurisprudência do TCU, no sentido de que a sanção prevista no art. 7º da Lei 10.520/02 produz efeitos no âmbito interno do ente federativo que a aplicar. ***Acórdão 2081/2014-Plenário, TC 030.147/2013-1, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 6.8.2014.***

*Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br*